

Hukuk Fakültesi Dergisi
Ankara Hacı Bayram Veli University
Faculty of Law Review

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068
Cilt / Volume XXVII Ekim / October 2023 Sayı / No. 4

**HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİ KÖTÜYE KULLANMA YASAĞI:
BÖLGESEL VE ULUSLARARASI HUKUKİ BELGELER
PERSPEKTİFİNDEN BİR İNCELEME**

PROHIBITION OF ABUSING RIGHTS AND FREEDOMS: A REVIEW
FROM THE PERSPECTIVE OF REGIONAL AND INTERNATIONAL
LEGAL DOCUMENTS

Uğur ELİBÜYÜK*  

ÖZET

[10.34246/ahbvuhfd.1325679](https://doi.org/10.34246/ahbvuhfd.1325679) 

Kamu Hukuku ve özellikle İnsan Hakları Hukuku bakımından hak ve özgürlükleri kötüye kullanma yasağının pozitif hukuk metinlerinde yerini alması nispeten yeni bir durumdur. Bu yönde bir düzenlemeye ihtiyaç olmadığı görüşünde olanlara karşın, yirminci yüzyıl siyasi hayatında yaşanan deneyimler, hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılmasının yol açacağı olumsuz sonuçları somut olarak ortaya koymuştur. Yasağın dayandığı esas düşünce, devletin sahip olduğu egemenlik yetkisinin kötüye kullanımını engellemektir. Bununla birlikte, hak ve özgürlükleri kötüye kullanma yasağı ülkemizde uzunca bir süre devlet ideolojisini koruyan genel bir yasaklama sebebi olarak uygulanmıştır. Konuya ilişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları incelendiğinde, AİHM'nin, kötüye kullanma yasağına zaman içerisinde daha az başvurma ve özgürlükleri kendi sınırlama sebepleri içerisinde değerlendirme eğiliminde olduğu görülmektedir. Çalışmada kötüye kullanma yasağına öncelikle özel hukuk açısından değinilecek, ardından yasağın kamu hukuku alanındaki gelişim süreci incelenecektir. Son bölümde ise bölgesel ve uluslararası hukuki belgelerde yer alan düzenlemeler mahkeme kararları ışığında ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Dürüstlük ilkesi, Temel Hak ve Özgürlükler, Hak ve Özgürlükleri Kötüye Kullanma Yasağı, Demokratik Anayasal Düzen, Militan Demokrasi.

* **Doktora Öğrencisi,** Türk Silahlı Kuvvetleri/ Kırklareli, **e-posta:** ugurelbyk@hotmail.com, **ORCID:** 0000-0002-3345-0652, **DOI:** 10.34246/ahbvuhfd.1325679.

* **İntihal / Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.



ABSTRACT

In terms of Public Law and especially Human Rights Law, it is relatively a new development that the prohibition of abuse of rights and freedoms has taken its place in positive law texts. Despite the ones who think that there is no need for such a regulation, the experiences in the political life of the twentieth century have revealed the negative consequences of the abuse of rights and freedoms. The main idea on which the prohibition is based is to prevent the abuse of the authority derives from sovereignty of the state. However, the prohibition of abusing the rights and freedoms has been implemented in our country for a long time as a general prohibition reason for preserving the state ideology. When the decisions of the European Court of Human Rights are examined, it is seen that the ECHR has a tendency to apply the prohibition of abuse less and to evaluate freedoms within its own limitations. In the study, primarily, the prohibition of abuse will be addressed on the basis of private law, and then the development process of the prohibition in the field of public law will be examined. In the last part, the regulations existed in national, regional and international legal documents will be discussed in the light of court decisions.

Keywords: Principle of Honesty, Fundamental Rights and Freedoms, Prohibition of Abuse of Rights and Freedoms, Democratic Constitutional Order, Militant Democracy.

EXTENDED ABSTRACT

Abuse of rights and freedoms touches on a very wide area. The principle, which is based on private law, has also gained the interest of public law as a result of historical developments that can be considered relatively recent. The fact that the prohibition of abuse is a multidimensional issue, requires the concept be examined within certain limits. Actually, deciding on the title of the article as “abuse of rights and freedoms” instead of “abuse of rights” is a conscious selection made for this reason.

When the prohibition of abuse of rights and freedoms considered in terms of public law and notably the human rights law, it also constitutes the subject of political philosophy. Alteration about the understanding of absolute sovereignty throughout the history has also closely affected the evolution of the concept. From this regard, it would not be wrong to say that the Second World War was a milestone. Fascist and National Socialist movements, which developed by taking advantage of the liberal democratic environment during the pre-war period, drove the world on the brink of disaster. The bitter experiences gained from the last world war have also revealed the fact that liberal democracies are insufficient to protect themselves.

The emergence of the militant democracy concept, which envisages the protection of the democratic order and the imposition of certain restrictions on rights and freedoms under certain conditions, coincides to this period. However, the development of the concept has brought about some theoretical debates. It is possible to mention two different opinions on this issue. According to the first view, the freedom to destroy freedom must be accepted within the limits of democracy. A reverse idea would mean

democracy to contradict oneself. According to the second view, democracy should have the right to protect oneself. It is her right to resist the totalitarian movements that want to eliminate her. Because once those, who want to eliminate the democratic order, gain power, the struggle through democratic means will be ineffective and dysfunctional.

Beside all these discussions, as a result of the Second World War, the classical understanding of sovereignty evolved and a new global structure was built in which the understanding of dominant sovereignty has faded away. The term “human rights” was included for the first time in United Nations Treaty, which is one of the pioneers of this new global structure. The UN Treaty was followed by many regional and international legal documents, especially the Universal Declaration of Human Rights (UDHR). Despite differences, all of these legal documents have contributed to the development of human rights law. However, it should be noted that the UDHR and the European Convention on Human Rights (ECHR) are of particular importance in terms of scope and function. While the UDHR was the first output of the works carried out under the umbrella of the UN, the first product of the Council of Europe’s human rights document production process was the ECHR. Within the Convention, it is taken into account that the state, as well as individuals and groups, can be the pioneer of activities and actions aimed at eliminating rights and freedoms. By the article 17, which regulates the prohibition of abuse, not only individuals or groups but also the state is enjoined. In this respect, the regulation also provides an assurance for individuals.

The European Court of Human Rights (ECtHR), which is an inspection mechanism regarding the implementation of the ECHR, had an important role in construing the prohibition of abuse of rights and freedoms according to the contemporary criteria. Especially, freedom of expression and freedom of assembly have been the focal point of Court’s decisions, as they are among the most convenient rights to abuse. When the Court’s decisions are examined in the course of time, it is observed that the Court tends to either apply Article 17 together with the article regulating the relevant rights and freedoms, or not apply it at all. The decrease of the threat in time, which was the main motivation for formation of the article, undoubtedly constitutes an important factor in this. Whatever the reason, the attitude of the ECtHR, regarding the implementation of the prohibition of abuse of rights and freedoms has contributed greatly to the development of contemporary and democratic standards by shedding light on the constitutional regulations of the member states as well.

GİRİŞ

Hukuk, bireye ait her davranışın “iyi niyetli” olduğunu varsaymaktadır. Ancak, bu varsayımın aksinin geçerli olabileceği, yani kişilerin hak ve

özgürlüklerini kullanırken iyi niyetle değil de kötü niyetle hareket edebileceği bilinmektedir. Bu durumlarda hukuk düzeni tarafından sağlanan koruma ortadan kalkar. Görünüşte hukuka uygun olsa dahi, dürüstlük kuralına aykırı hiçbir eylem hukuk düzeni tarafından korunmaz. Hakkın kötüye kullanımından söz edebilmek için öncelikle ortada hukuk düzeni tarafından korunan ve dürüstlük kuralına aykırı olarak kullanılan bir hak olmalıdır. Ayrıca, dürüstlük kuralına aykırı kullanımdan dolayı bir zarar ya da zarar tehlikesi doğmuş olmalıdır.

Hakkın kötüye kullanılması yasağı, dürüstlük kuralı ile beraber hukukun genel ilkelerinden biridir. Kökeni özel hukuka dayanan bu ilke, hakkın, ona özgülenen olağan amacı dışında kullanılma yasağı olarak da ifade edilmektedir. Hak ve özgürlükleri kötüye kullanma yasağının kamu hukuku yönüyle ele alınması ise kavramın özel hukuktaki geçmişine kıyasla yeni sayılabilecek birtakım gelişmeler ışığında gerçekleşmiştir. Kötüye kullanma yasağının içeriği oldukça geniştir. Ancak, çalışmanın sınırlarını aşmamak adına bu yasak yalnızca insan hakları hukuku bakımından ele alınacaktır.

Her hak ve özgürlüğün nesnel açıdan sınırlı, özgül bir kullanım alanına sahip olduğunu savunanlar, pozitif hukuk metinlerinde yer verilmese dahi eşyanın doğası gereği hiçbir hukuk düzeni tarafından hak ve özgürlüklerin kötüye kullanımının korunmayacağını, dolayısıyla kötüye kullanma yasağına ilişkin bir düzenlemeye ihtiyaç olmadığını öne sürmektedirler. Diğer yandan, İkinci Dünya Savaşı ve öncesinde yaşanan tarihsel süreç, demokrasi ve özgürlük düşmanı güçlerin iktidar yetkisine sahip olduklarında, bu yetkilerini ne yönde kullanabileceklerini göstermiştir. Özellikle bu dönemde, hak ve özgürlükleri ortadan kaldırmak isteyenlere bu özgürlük tanınmalı mıdır? Özgürlüğü yok etme özgürlüğü olmalı mıdır? sorularına yönelik tartışmalar yoğun bir biçimde yaşanmıştır.

Doktrinel tartışmaları çalışmamızın sonraki bölümüne bırakmakta fayda görmekte beraber, hak ve özgürlükleri kötüye kullanma yasağının demokratik düzenin korunması hedefi ile yakın bir ilişki içinde olduğunu ifade etmek gerekir. Demokrasinin kendisini koruma özgürlüğü olarak tanımlayabileceğimiz militan demokrasi anlayışı ile temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılması yasağını birbirinden bağımsız ele almak mümkün değildir. Ancak, hak ve özgürlüklerin kötüye kullanımını şüphesiz daha geniş bir içeriğe sahiptir. Çağdaş ulusal ve uluslararası hukuki belgelerde yerini almış olan bu yasak, tek bir zümreye yönelmiş değildir. Birey ve toplulukların yanı sıra devlet bakımından da birtakım sınırlamalar öngörülmüştür. Bu yasak ile hem

egemenlik yetkisini kullanan devlet tarafından hak ve özgürlüklerin tahrip edilerek kötüye kullanımına karşı birey korunmakta, hem de kişi veya gruplar tarafından hak ve özgürlüklerin suistimali yoluyla demokratik düzene karşı gerçekleştirilecek tehditlere yönelik güvence sağlanmaktadır.

Hak ve özgürlükleri kötüye kullanma yasağını farklı boyutları ile irdelemeyi amaçlayan çalışmamızın ilk bölümünde, hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılması yasağının insan hakları hukuku alanındaki tarihsel gelişimine ilişkin genel açıklamalara yer verilecek ve kötüye kullanma yasağının militan demokrasi anlayışı ile ilişkisi ele alınacaktır. İkinci ve son bölümde ise, hak ve özgürlükleri kötüye kullanma yasağına ilişkin bölgesel ve uluslararası hukuki belgelerde yer alan düzenlemelere mukayeseli olarak temas edilirken, aynı zamanda, tarihi süreç içerisinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bakış açısında meydana gelen değişim ortaya konulacaktır.

I. GENEL AÇIKLAMALAR

Hakkın kötüye kullanılması kavramının, pozitif hukuk düzenlemelerinde ve hukuki belgelerde yerini alması nispeten yenidir. İslam hukuku ve Roma hukuku gibi kadim hukuk sistemlerinde hakların kötüye kullanılmayacağına ilişkin birtakım düşüncelere rastlamak mümkün olsa da yasağın genel bir kural halini aldığından söz etmek mümkün değildir.¹ Özel hukuka “dürüstlük ilkesi” olarak yansıyan hakların kötüye kullanılması yasağı, günümüzde, sadece medeni hukuk alanında değil, hukukun tüm alanlarında geçerli evrensel bir hukuk kuralıdır.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 2'nci maddesi ile, herkesin haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kuralına uyması gerektiği, hakkın kötüye kullanımının hukuk düzeni tarafından korunmayacağı hüküm altına almıştır. Bu ilke, hukuki olduğu kadar ahlaki bir nitelik de barındırmaktadır. Dürüstlük ilkesi; haklarını kullanan ve borçlarını yerine getiren herkesin, ortalama zekâ seviyesine sahip, makul, dürüst ve güvenilir bir kişiden beklenir şekilde davranma gerekliliğini ifade etmektedir. Dürüstlük ilkesi esasında herhangi bir kanuni düzenleme olmasa dahi hakların kullanımına dair objektif bir sınırın mevcudiyetini tanımlamaktadır.²

¹ Ferit H. Saymen, “Hakkın Suistimalinin Müeyyidesi”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 11(1-2), 1945, s. 311-312.

² Mehmet Ayan ve Nurşen Ayan, *Medeni Hukuka Giriş*, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2014, s. 189-191; İhsan Erdoğan ve A. Dilşad Keskin, *Türk Medeni Hukuku*, 3. Baskı, Gazi Kitabevi, 2019, s. 157-160; Şaban Kayıhan, *Medeni Hukuk Bilgisi*, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2022,

Hakkın hangi durumda kötüye kullanıldığı, tespiti güç bir konudur. Zira, bir hakkın kötüye kullanımı sayısız eylem türü ile gerçekleştirilebilir. Kanun koyucudan, tüm bu halleri öngörmesi ve hüküm altına alması beklenemez. Bununla birlikte, dürüstlük kuralına aykırı ve kötü niyetle kullanılan hiçbir hak hukuk düzeni tarafından korunmaz. Bir hakkın kötü niyetle kullanıldığının tespiti için objektif bazı ilkeler geliştirilmiştir.³ Hakkın kötüye kullanımından bahsedebilmek için, ilk olarak, kişinin hür iradesi ile kullandığı, hukuk düzeni tarafından korunan bir hak olmalıdır. Hukuk düzeni tarafından tanınan ve korunan bu hak, “dürüstlük” ve “iyi niyet” kurallarına aykırı bir şekilde kullanılmalı⁴, aykırılık sonucunda ise zarar ya da zarar tehlikesi meydana gelmiş olmalıdır.⁵ Sırf komşusuna rahatsızlık vermek amacıyla konutta aşırı şekilde gürültü yapılması veya kasten yaratılan hukuka aykırı bir duruma dayanarak hak talebinde bulunulması dürüstlük ilkesinin ihlaline örnek olarak gösterilebilir.

Hakkın kötüye kullanımı, kötüye kullanan bakımından çeşitli sonuçlar doğurmaktadır. Medeni Kanun’da belirtildiği şekliyle, “hukuk düzeni tarafından korunmama”, kötüye kullanımın genel ve olağan yaptırımıdır. Kişi, bu suretle elde etmek istediği menfaati elde edemez. Hakkın kötüye kullanımı, genel müeyyide haricinde, zarara uğrayan taraf açısından dava hakkı da doğurabilir. Bu dava, kötüye kullanımın doğurduğu mali sonuçlar bakımından hukuk davası şeklinde gerçekleştirilebileceği gibi, faile yönelik bir ceza davası olarak da ortaya çıkabilir.⁶

Diğer yandan, hak ve özgürlüklerin kötüye kullanımı günümüzde artık kamu hukuku ve siyaset felsefesinin de konusu haline gelmiştir. Mutlak

egemenlik anlayışına sahip devletin yerini, hukukun genel ilkeleri ve hukuk devleti ilkesi ile sınırlı devlet anlayışı almıştır. Bu sınırlama kuşkusuz, devletler için olduğu kadar kişiler veya kişi toplulukları için de geçerlidir.

İnsanın, salt insan olmanın bir sonucu olarak doğuştan bazı haklara sahip olduğunu öne süren tabii hukuk anlayışı, liberalizmin ve özgürlükçü demokrasinin temelini oluşturmaktadır.⁷ Gerçekleşmesinde tabii hukuk doktrininin önemli etkileri olan Fransız Devrimi, özellikle özgürlük ve mülkiyet hakkına verdiği önem ile bireyci özgürlük anlayışının gelişmesine büyük katkıda bulunmuştur. Ancak, yirminci yüzyılda yaşanan acı tecrübeler insanların doğuştan sahip olduğu hak ve özgürlüklerin, ulusal ve uluslararası hukuki belgeler ile belirlenen herhangi bir sınıra tabi tutulmadığı takdirde kötüye kullanılabileceği ve insanlık için yıkıcı sonuçlar doğurabileceği gerçeğini ortaya çıkarmıştır. Bu durum karşısında, demokrasilerin de temel anayasal düzeni tehdit eden siyasal hareketlere karşı koruyucu tedbirler geliştirme ihtiyacı baş göstermiştir. Özgürlükleri kullanarak demokratik hak ve özgürlükleri ortadan kaldırmayı hedefleyenlerle mücadeleyi öngören bu akım, klasik demokrasi anlayışının yanında militan demokrasi düşüncesinin de ortaya çıkmasını sağlamıştır.⁸

Şüphesiz, hak ve özgürlükleri kötüye kullanma yasağını sadece bu anlayış değişikliği üzerinden açıklamak mümkün değildir.⁹ Fakat, söz konusu kavrama temas etmenin, ulusal ve uluslararası hukuki belgelerde yer alan kötüye kullanma yasağına ilişkin düzenlemelerin gelişimini anlamak bakımından kaçınılmaz olduğu düşünülmektedir.

A. Tarihsel Gelişim

Hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılması yasağının felsefi temelleri eskiye dayanmaktadır. John Locke, “Hoşgörü Üstüne Bir Mektup” adlı eserinde dinsel otoriteye ait alan ile devlete ait alanın birbirinden ayrılması gerektiğini, din mensuplarının sayısını arttırmak amacıyla yapılan dinsel baskı ve zorlamaların hoşgörü hakkından faydalanamayacağını belirtmektedir.¹⁰ Bu kavramın hukuki belgelerde yerini alması ise İkinci Dünya Savaşı sonrası döneme rastlamaktadır. Bu dönem, modern devletin unsurlarından birisini

s. 121-124; Mustafa Ünlütepe, *Medeni Hukuka Giriş ve Türk Medeni Kanunu'nun Başlangıç Hükümleri*, Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 400-403.

³ Gözler'e göre, hakkın kötüye kullanımında kötü niyetin varlığı zorunlu bir unsurdur. Kötüye kullanım kavramının sübjektifliği karşısında, kötü niyetin tespiti için failin niyet ve düşüncelerine bakılmalıdır. Hakkın kötüye kullanımına ilişkin tereddüt halinde ise, iyi niyet karinesi gereği hakkın kötüye kullanılmadığı kabul edilmelidir. Kemal Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, Ekin Basımevi, 2017, s. 308; Ahmet M. Güneş, *İnsan Hakları Hukukuna Giriş*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, 2021, s. 48.

⁴ Hakkın kötüye kullanımı olarak kabul edilebilecek durumların tespiti için belirlenen bazı kriterler mevcuttur. Bunlar; hakkın kullanımında menfaat yokluğu, hakkın meşru amacına aykırı kullanımı, elde edilen menfaat ile verilen zarar arasındaki aşırı oransızlık, hakkın kötü niyetle kullanılması ve hakkı kullananın çelişkili tutumu olarak sayılabilir. Erdoğan ve Keskin, s. 165-169.

⁵ Ayan / Ayan, s. 223.

⁶ Gözler, s. 309; Erdoğan / Keskin, s. 170-171; Saymen, s. 318.

⁷ Adnan Güriz, *Hukuk Felsefesi*, 11. Baskı, Siyasal Kitabevi, 2015, s. 137-144.

⁸ Münci Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, 2013, s. 220,221.

⁹ Gözler, s. 311,312.

¹⁰ Richard Vernon, *Locke on Toleration*, Cambridge Press, 2010, s. 40-43.

oluşturan egemenlik anlayışındaki değişim bakımından bir dönüm noktası niteliğindedir. Nitekim, İkinci Dünya Savaşı sonucunda klasik egemenlik anlayışı değişime uğramış ve devletin sahip olduğu üstün egemenlik anlayışının entegre edilerek silikleştirildiği küresel bir yapı inşa edilmiştir.¹¹ Şüphesiz, bu değişim ve dönüşümün gerçekleşmesinde son dünya savaşının yol açtığı acı tecrübeler önemli bir yere sahiptir. Teorik temellerinde modern devletin egemenlik anlayışından bir sapmayı ve aşırılışmayı barındıran Nasyonal Sosyalist ideal bu yönüyle totaliter sistemin en yıkıcı örneğini sergilemiştir. Hitler Almanya'sı, 1789 Fransız Devrimi ile etkisini gösteren ulus-devlet yaklaşımının öngördüğü subjektif millet anlayışı yerine ırkçı ve dışlayıcı bir ulus anlayışını benimsemiştir.¹² Ayrıca, Almanya'nın Birinci Dünya Savaşı'ndan mağlup olarak ayrılması ve ardından ağır koşullar içeren Versailles antlaşmasını imzalaması, mevcut koşullardan yeni ve güçlü bir "birlik" yaratma iddiasında olan siyasi oluşumlara güven duyulmasını kolaylaştırmıştır. İki dünya savaşı arasında gelişim gösteren geleneksel ve muhafazakâr hareket, 1929 ekonomik buhranının yarattığı ortamdan faydalanarak ırkçı söylemlerle iktidarı ele geçirmiş ve savaşın sonuna kadar hüküm süren, baskıcı ve anti-demokratik bir rejim oluşturmuştur.¹³ Benzer şekilde, Birinci Dünya Savaşı'nın yarattığı yıkımın etkisiyle İtalya'da gelişim gösteren ve değişik ülkelerde diktatörlüklerin doğmasına katkı sağlayan Faşizm, bireylerin doğal hak ve özgürlüklere sahip olduğu görüşünü reddetmiştir.¹⁴

Birinci Dünya Savaşı sonrasında sosyal, siyasal ve ekonomik yapıda meydana gelen değişiklikler dünyanın farklı coğrafyalarında, liberal fikirlerin zayıflamasına ve totaliter rejimlerin güçlenmesine yol açmıştır.¹⁵ İktidarı ele geçiren siyasal hareketler tarafından egemen kılınan baskıcı rejimlerin hak ve özgürlükleri kötüye kullanması, demokratik değerlerin baskıcı ideolojiler üzerinde kendiliğinden üstünlük kuracağına yönelik inancın da sarsılmasına

¹¹ Burcu Değirmencioğlu, *Westphalian Modelden Bugüne Egemenliğin Dönüşümü Bağlamında Yeni Dünya Düzeninin İnşası*, Adalet Yayınevi, 2022, s. 127.

¹² Değirmencioğlu, s. 107.

¹³ Doğu Perinçek, "Federal Almanya'da Neo-Nazi Sosyalist Rayh Partisinin (SRP) Yasaklanması", *AÜHFD*, 25(3-4), 1968, s. 275.

¹⁴ Oktay Uygun, *Devlet Teorisi*, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2015, s. 322-325.

¹⁵ Metin Kıratlı, "Niçin Almanya Bir Roosevelt ve Amerika Bir Hitler Çıkarmadı?", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 16(4), 1961, s. 169.

neden olmuştur.¹⁶ Diğer yandan, ancak İkinci Dünya Savaşı sonrasında insan haklarının uluslararası ölçekte ilgi duyulan bir kavram haline geldiğini belirtmek gerekir.¹⁷ Savaş sonrasında, totaliter rejimlere karşı yürütülen ideolojik savaşın kazanılması ve barışın sağlam temeller üzerine oturtulması için insan haklarının uluslararası düzeyde bir korumadan faydalanması gerektiği konusunda güçlü bir kamuoyu oluşmuştur. Bunun sonucunda, o döneme kadar ilan edilen tüm bölgesel ve evrensel bildirgelerden farklı olarak ilk defa BM antlaşmasında "insan hakları" terimine yer verilmiştir.¹⁸ Bu bakımdan, insan haklarının evrensel bir değer olarak kabul edilmesi ve uluslararası düzeyde korunarak geliştirilmesi dünyada barış ve huzurun teminine önemli katkılar sunmuştur.

Yaşanan tüm bu gelişmelerin neticesi olarak, 1940'lı yılların sonundan itibaren hem ulusal hem de uluslararası düzeyde, demokratik rejimlerin korunması ve hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılmasının engellenmesi amacıyla tedbirler geliştirilmeye çalışılmıştır. 1945 yılında imzalanan Birleşmiş Milletler Antlaşması, 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi, 1950 tarihli Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 1949 tarihli Federal Alman Cumhuriyeti Anayasası (*Bonn*), 1940 yılında Amerika Birleşik Devletleri'nde kabul edilen "Yabancıların Tescili Hakkında Kanun" (*Alien Registration Act or Smith Act*), 1950 yılında yürürlüğe giren "İç Güvenlik Kanunu" (*Internal Security Act or Subversive Activities Control Act of 1950*) ve 1954 tarihli "Komünist Kontrol Kanunu" (*Communist Control Act of 1954*) bunlardan bazılarıdır.¹⁹

B. Hak ve Özgürlüklerin Kötüye Kullanılması Yasağı Bağlamında Militan Demokrasi Anlayışı

Demokrasinin yarattığı özgürlükçü ortamı araç olarak kullanarak onu yok etmek isteyenlere karşı mücadele etme gerekliliğini ifade eden "militan demokrasi" kavramı, ilk kez Amerikalı siyaset bilimci Karl Loewenstein tarafından kullanılmıştır.²⁰ Bu kavramın ortaya çıkmasında, komünizm tehdidi

¹⁶ Kapani, s. 222.

¹⁷ Rona Aybay, *İnsan Hakları Hukuku*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2015, s. 42.

¹⁸ Aybay, s. 42; Değirmencioğlu, s. 186.

¹⁹ Ragıp Aycan, "Kamu Hürriyetlerinin Sınırlandırılması", *Türk İdare Dergisi*, 35(287-288), 1964 Mart, Nisan, Mayıs, Haziran, s. 27-28.

²⁰ Karl Loewenstein, "Militant Democracy And Fundamental Rights, I", *The American Political Science Review*, 31(3), 1937.

ile birlikte, iki dünya savaşı arasında güçlenen baskıcı rejimlerin izlediği faşist politikalar etkili olmuştur. Yirminci yüzyılda liberal batı demokrasilerinin, iki siyasal hareketin tehdidi altında kaldığı görülmektedir. Bunlardan ilki, liberalizmin yarattığı kapitalist ekonomik düzen ile çatışma içerisinde olan ve gelişen işçi sınıfının sorunlarına çözüm bulma iddiasında bulunan Marksizm'dir. 1917 yılında yaşanan Bolşevik Devrimi, liberal devletler tarafından endişe ile karşılanmış ve özellikle ABD'de komünizm tehdidine karşı, hak ve özgürlüklerin kötüye kullanımını engelleyici kimi yasaların yürürlüğe girmesine yol açmıştır.²¹ Avrupa'da ise, aynı dönemde baskıcı ve anti-demokratik siyasi ideolojilerin baş gösterdiği görülmektedir. İtalya'da, iki dünya savaşı arasında doğan ve gelişim gösteren faşist hareket iktidarı ele geçirdikten sonra otoriter ve totaliter karakterde bir devlet yönetimi tesis etmiştir.²² Faşist hareket bireyi ulusun üstün ve yüce amacına hizmet eden bir araç olarak görmüş ve muhalefete varlık şansı tanımayarak otorite ile hiyerarşiyi özgürlük ve eşitliğin önüne koymuştur.²³ Ülkede uzunca bir süredir devam eden siyasi, sosyal ve ekonomik hoşnutsuzluklar da kuşkusuz söz konusu akımın gelişim göstermesine katkıda bulunmuştur.²⁴ Korporasyonlarla gelişim gösteren İtalyan faşizminin, Avrupa'da ve Latin Amerika'da kurulan bazı diktatörlüklere de örnek teşkil ettiğini söylemek mümkündür.²⁵

Özgürlük ve demokrasi karşıtı olması ve totaliter bir devlet sistemi kurmayı amaçlaması bakımından birtakım ortak temellere sahip olmakla birlikte aralarında İtalyan faşizmi ile esaslı ideolojik farklar bulunan nasyonal sosyalist hareket ise Almanya'da gelişim göstermiştir. Faşizm de devletin yüceltilmesi başlı başına bir amaç iken, nasyonal sosyalist hareket de ise devlet bir araçtır. Esas amaç, üstün ırkın korunması ve geliştirilmesidir.²⁶ Weimar Anayasası'nın sunduğu özgürlükçü ortamdan istifade edilerek kurulan ve ırk birliği düşüncesine dayanan hareket dünyayı adeta felaketin eşiğine sürüklemiştir.

²¹ Yusuf Şevki Hakyemez, *Militan Demokrasi Anlayışı ve 1982 Anayasası*, Seçkin Yayıncılık, 2000, s. 84; Mehmet Akad / Bihterin Vural Dinçkol / Nihat Bulut, *Genel Kamu Hukuku*, 13. Baskı, D&R Yayınları, 2017, s. 385-386.

²² Ayferi Göze, *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler*, 5. Baskı, Beta Basım Yayım, 1989, s. 327.

²³ Göze, s. 331.

²⁴ Karl Loewenstein, "Autocracy Versus Democracy in Contemporary Europe I", *The American Political Science Review*, 29(4), 1935, s. 584.

²⁵ Göze, s. 327; Uygun, s. 329.

²⁶ Uygun, s. 335; Göze, s. 341.

İkinci Dünya Savaşı'nın ardından, liberal demokrasilerin totaliter rejimler karşısındaki güçsüzlüğü anlaşılmış ve demokrasinin, kendisini ortadan kaldırmak isteyen girişimlere yönelik tedbirler almasının bir zorunluluk olduğu görüşü hâkim olmuştur. Hiçbir özgürlük sınırsız olmadığına göre, demokrasi de kendisini yok etme özgürlüğünü sınırsız bırakamaz.²⁷ Bu görüşten hareketle, militan demokrasi; özgürlükçü demokratik düzene yönelik tehdit oluşturan ve onu yok etmeyi hedefleyen totaliter rejimler ve ideolojiler karşısında, demokratik düzeni muhafaza etmek maksadıyla, bu akımların öncülüğünü yapan birey ve kişi topluluklarının kimi özgürlüklerini kısıtlayan ve onlara karşı mücadeleci tutum sergileyen kendine özgü bir demokrasi anlayışı olarak tanımlanabilir.²⁸ Mevcut tanımdan da anlaşılacağı üzere, militan demokrasi, hak ve özgürlüklerin, kötüye kullanıldığı takdirde kimi sınırlamalara tabi tutulabileceğini ifade etmektedir. Diğer taraftan, klasik demokrasi anlayışı özgürlük ve bu özgürlüğü toplumun tümüne yayma ilkesi üzerine kurulduğundan, bu kez, söz konusu yaklaşımı benimsemeyenlerin ve hatta ortadan kaldırmak isteyenlerin bu özgürlüğe sahip olup olmadığı sorusu gündeme gelmektedir. Bu konuda genel olarak iki farklı bakış açısı göze çarpmaktadır.

Bunlardan ilki, özgürlükçü demokratik toplumun düşmanlarına karşı kısıtlayıcı tedbirlere başvurulmayacağı ve özgürlüğü yok etme özgürlüğünün demokratik düzenin düşmanlarına dahi tanınması gerektiği düşüncesini savunmaktadır.²⁹ Demokrasi kendisi ile çelişki içinde bulunmamalıdır. Onun en temel özelliği olan özgürlükçülük, baskıcı görüşlerin de tartışılmasını olanaklı kılmalıdır. Aksi takdirde, bu fikirler, kendilerini şiddet hareketleri ile göstermek mecburiyetinde kalırlar.³⁰

Buna karşın ikinci yaklaşım, demokratik rejimin diğer tüm rejimler gibi kendisini koruma hakkına sahip olduğu görüşünü benimsemektedir. Demokratik düzen kendi intiharına karar vermemişse,³¹ onu ortadan kaldırmayı amaçlayan rejimlere ve bölücü akımlara karşı koyma özgürlüğü

²⁷ Kapani, s. 217-222.

²⁸ Hakyemez, s. 33.

²⁹ Münici Kapani, "Ord.Prof.Dr. Ernst E. Hirsch'e Armağan: Freedom to Destroy Freedom", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları*, (197), 1964, s. 262; Akad / Dinçkol / Bulut, s. 387.

³⁰ Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, s. 218; Hakyemez, s. 49.

³¹ Uğur Alacakaptan, "Demokratik Anayasa ve Ceza Kanunu'nun 141 ve 142'inci Maddeleri", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 22(1), 1965, s. 14.

normal kabul edilmelidir.³² Çünkü, özgürlükleri ortadan kaldırma amacı taşıyan iktidar sahipleri ilk fırsatta bu imkanlarını kullanacaklar, bir kez bu gücü elde ettiklerinde ise, demokratik araçlar marifetiyle verilen mücadele etkisiz ve yetersiz olacaktır.³³ Bu sebeple, demokratik düzen, özellikle faşist akımlar karşısında kendisini koruyucu tedbirler almalıdır.³⁴

Doktrinel tartışmaların yanında, İkinci Dünya Savaşı sonrasında Batı Avrupa'da gelişim gösteren militan demokrasi anlayışının bir sonucu olarak, demokratik sistemin kendisini düşmanlarına karşı muhafaza edecek mekanizmalara sahip olması ve özgürlüklerin kötüye kullanımını önlemesi gerektiği fikri benimsenmiştir. Bu durumun yansımaları ise ulusal ve uluslararası hukuki belgelerde görülmeye başlamıştır.

Toplum düzeninin korunması gerektiği fikri zaman içerisinde ceza hukuku alanında da etkisini göstermiştir. Militan demokrasi anlayışının radikal bir görünümü niteliğinde olan “düşman ceza hukuku doktrini”, toplumun, failin yol açacağı tehlikelerden korunması amacıyla, faile yönelik hürriyeti kısıtlayıcı tedbirlerin uygulanmasını öngörmektedir.³⁵ 1985 yılında Alman ceza hukukçusu *Günther Jakobs* tarafından ortaya atılan görüş, hukuk düzenine karşı olan bireylerle “savaşma” gerekliliğini savunmaktadır.³⁶ Bu görüşe göre, devlet, sürekli olarak normlara aykırı davranmak suretiyle hukuka sırt çevirenlerle mücadele etmelidir. Cinsel suçlular, tehlikeli mükerrir failer ve örgütlü suç faileri bu kategoriye girmektedir.³⁷ Topluma karşı olan yükümlülüklerin ihlalinin meşru bir yaptırımını olarak görülen bu mücadele, söz konusu failerin toplumdaki tecrit edilmesini ve usuli bazı güvencelerden mahrum bırakılmasını içermektedir. Zira, amaç, toplumu tehlikeli olduğu varsayılan kişilerden korumaktır. Alman Ceza Kanunu'nun 66b maddesi, failin topluma kazandırılmasından ziyade kamu güvenliğinin sağlanmasını hedef alan bu anlayışın bir yansıması niteliğindedir.³⁸

³² Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, s. 227.

³³ Sevtap Yokuş, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ve 1982 Anayasası'nda Hak ve Özgürlüklerin Kötüye Kullanımı*, Yetkin Yayınları, 2002, s. 38.

³⁴ Karl Loewenstein, *Militant Democracy*, s. 432.

³⁵ Henning Rosenau, “Jakobs'un Düşman Ceza Hukuku Kavramı: Hukukun Düşmanı, çev. Erhan Temel”, *AÜHFD*, 57(4), 2008, s. 392.

³⁶ Rosenau, s. 394.

³⁷ Nuran Haydar, “Düşman Ceza Hukuku ve Uygulamaları”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 16(2), 2019, s. 287.

³⁸ Haydar, s. 292.

II. BÖLGESEL VE ULUSLARARASI HUKUKİ BELGELERDE HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİ KÖTÜYE KULLANMA YASAĞI

A. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi

Yeni oluşan küresel dünya düzeninin mimarı BM, 1945 yılında yürürlüğe giren Antlaşma ile dört ayrı sütun üzerine inşa edilmiştir. Bunlar; ekonomi, barış, güvenlik ve insan haklarıdır.³⁹ BM Antlaşması ile insan haklarına ve özgürlüklerine duyulan bağlılık ilan edilmiş ancak bu hak ve özgürlüklerin nelerden oluştuğunu gösteren bir belge sunulmamıştı. BM bünyesinde oluşturulan İnsan Hakları Komisyonu tarafından yürütülen çalışmalar neticesinde, farklı görüş ve öneriler üzerinde uzlaşa sağlanarak bir yasa tasarısı oluşturulması sağlanmıştır. Hazırlanan yasa tasarısı BM Genel Kuruluna sunulmuş ve 10 Aralık 1948'de Genel Kurul tarafından yapılan toplantı sonucunda kabul edilerek aynı tarihte İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi (İHEB) olarak ilan edilmiştir.

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi tarihi bir anlam ve öneme sahiptir. BM Antlaşması ile ortak ülkü olarak belirlenen ilkelerin etkin bir şekilde benimsenip uygulanacağı üye devletlerin tamamı tarafından taahhüt edilmiştir. Bu, aynı zamanda insan haklarının evrensel olarak korunması ve geliştirilmesi için üye devletler tarafından verilmiş bir teminatır.⁴⁰ Beyanname'nin kabulünün insan hakları hukukunun gelişim süreci bakımından bir dönüm noktası niteliğinde olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.⁴¹ Başlangıçta yalnızca “tüm halklar ve tüm uluslar için ortak bir başarı standardı” olarak kabul edilen Beyanname'nin, bugün onu hazırlayanların beklentilerinin çok ötesinde ahlaki, siyasi ve yasal bir etkiye sahip olduğu görülmektedir.⁴² Diğer yandan, Beyanname'nin hukuki yaptırım gücünden yoksun olduğunu belirtmek gerekir. İHEB, onu tanıyan devletler bakımından hukuki yükümlülük doğurmadığı gibi herhangi bir bağlayıcılığı da sahip değildir. Ancak bu durum, Beyanname'nin insan onuru ile insan hak ve özgürlüklerinin gelişimi açısından sahip olduğu değeri azaltmaz. Zira, Evrensel Beyanname, temel insan haklarını koruyan birçok ulusal ve uluslararası düzenlemeye doğrudan veya dolaylı olarak model

³⁹ Yaşar Salihpaşaoğlu, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargılamada Kullandığı Yöntem, İlke ve Usuller*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2021, s. 18.

⁴⁰ Değirmencioğlu, s. 198-201.

⁴¹ Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, s. 62.

⁴² Hurst Hannum, “The Status of the Universal Declaration of Human Rights in National and International Law.” *Ga. J. Int'l & Comp. L.* 25, 1995, s. 289.

olmuştur.⁴³ İçerdiği ilkeler, kendisinden sonra oluşturulan hukuki belgelere ışık tutmuştur. İnsan haklarının korunması ve geliştirilmesi bakımından kendisinden sonraki çalışmaların tamamına temel teşkil eden İHEB, işkence yasağı gibi kimi hükümlerin uluslararası hukukta “buyruk kural” (*jus cogens*) haline gelmesini sağlamıştır.⁴⁴ İHEB’e ilişkin ayırt edici özelliklerden bir diğeri ise insan haklarının korunması bakımından sağladığı kapsayıcılıktır. Beyanname ile, kendisinden önceki benzer girişimlerden farklı olarak klasik hakların yanında sosyal haklara da yer verdiği görülmektedir. Nitekim, söz konusu sosyal haklara Evrensel Beyannameden iki yıl sonra kaleme alınan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde dahi yer verilmemiştir.⁴⁵ Klasik hak ve özgürlüklerle, sosyal ve ekonomik hak ve özgürlüklerin sentezi niteliğinde olan İHEB, aynı zamanda, insan haklarının bütünlüğünü yansıtmaktadır.⁴⁶

Beyanname’nin içerdiği hükümlerden hak ve özgürlükleri kötüye kullanma yasağına ilişkin olanlar 29 ve 30’uncu maddelerde yer almaktadır.⁴⁷ 30’uncu madde, esasen 29’uncu maddenin devamı niteliğindedir, dolayısıyla her iki madde arasında bütünlük ilişkisi söz konusudur. Genel sınırlama hükmü niteliğinde olan md. 29/3, hak ve özgürlüklerin BM’nin amaç ve ilkelerine uygun olarak kullanılması gerektiğini vurgulamaktadır. 30’uncu madde ile ise İHEB’de yer alan hiçbir hükmün, herhangi bir kişiye, gruba ya da devlete, Beyanname ile güvence altına alınan hak ve özgürlükleri ortadan kaldırmaya yönelik bir faaliyete girişme ya da eylemde bulunma hakkı verir biçiminde yorumlanamayacağı belirtilmiştir. Bu düzenleme, özgürlüğü yok etme özgürlüğünün kimse için mümkün olamayacağını ifade etmektedir. Sadece kişi ya da kişi toplulukları değil, devlet de söz konusu yasak ile yükümlü tutulmuştur. Bu bakımdan düzenleme, bireyler için de

⁴³ Hannum, s. 289.

⁴⁴ Aybay, s. 45.

⁴⁵ Rona Aybay, *İnsan Hakları Evrensel Bildirisi*, Der Yayın, 2021, s. 17.

⁴⁶ Fazıl Sağlam, “İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nde Tüm Hak ve Özgürlüklere Yönelik Kurallar Üzerine Bir Deneme”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 25(2), 2019, s. 1238.

⁴⁷ İlgili maddeler şu şekildedir:

“Madde 29/3: Bu hak ve özgürlükler hiçbir zaman, Birleşmiş Milletlerin amaç ve ilkelerine aykırı olarak kullanılamaz.”

“Madde 30: Bu bildirinin hiçbir hükmü, herhangi bir Devlete, zümreye ya da kişiye, Bildiride açıklanan hak ve özgürlükleri yok etmeye yönelik bir faaliyete girişme ya da eylemde bulunma hakkı verir şekilde yorumlanamaz.” Burhan Kuzu, *Türk Anayasa Metinleri ve İlgili Mevzuat*, 11.Baskı, Filiz Yayınevi, 2011, s. 859.

güvence sağlayıcı niteliktedir. Üzerinde durulması gereken bir diğer nokta düzenlemenin, sadece faaliyet veya eylemi yasakladığıdır. Yani, burada düşünce ve ifade özgürlüğüne yönelik bir sınırlama öngörülmemiştir. Ancak, md. 29/3 bakımından aynı sonuca ulaşmak mümkün gözükmemektedir. Zira, aykırı kullanıma ilişkin sınırlama belirli hak ve özgürlüklere değil hak ve özgürlüklerin tümüne getirilmiştir. Dolayısıyla, düşünce özgürlüğü madde ile sınırlama getirilen haklar kapsamındadır.⁴⁸

Görüldüğü üzere, insan hakları hukuku, İkinci Dünya Savaşı’ndan sonra doğmuş ve gelişim göstermiştir. İnsan hak ve özgürlükleri ise İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ile küresel ölçekte saygı duyulan ve gözetilen bir konuma erişmiştir. Bunda şüphesiz, Beyanname’nin ilan edildiği dönem öncesinde Avrupa’yı etkisi altına alan totaliter rejimlerin büyük tesiri olmuştur. Beyanname ile, demokratik düzenin, kendisini ortadan kaldırmak isteyen düşmanlara karşı savunma hakkına sahip olduğu ilkesel olarak kabul edilmiştir.⁴⁹ İHEB, ilan ettiği haklara evrensel bir güvence sağlama ve özgürlüklerin kötüye kullanımını yasaklama amacına yönelik olarak ilan ettiği ilkeler bakımından, bir kısmı aşağıda belirtilecek olan bölgesel ve uluslararası birçok pozitif hukuk metninin düzenlenmesine de kaynaklık etmiştir.

B. Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi

16 Aralık 1966 yılında BM Genel Kurulu tarafından kabul edilen ve 1976 yılında yürürlüğe giren Sözleşme, başlangıç bölümünde, İHEB ile ilan edilen ilkeleri referans göstermektedir.⁵⁰ Sözleşme ile İHEB’de dile getirilen ilkelerin bağlayıcı bir metinde düzenlenmesi amaçlanmıştır. Çok taraflı bir

⁴⁸ Hakyemez, s. 114. Karşıt görüşte olan Tanör’e göre, bildirinin taslak çalışmaları esnasında yaşanan hadiseler bunun aksini göstermektedir. Maddenin görüşülmesi sırasında SSCB temsilcileri tarafından dile getirilen ve faşizm propagandası yapıldığı takdirde düşünce özgürlüğünün sınırlanmasını içeren teklif maddenin muğlaklığı ve Devletler tarafından suistimale yol açabileceği endişesiyle reddedilmiştir. Bu durum, düşünce özgürlüğünün sınırsızlığını göstermektedir. Bülent Tanör, *Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Anayasası*, Öncü Kitabevi, 1969, s. 56.

⁴⁹ Yokuş, s. 89.

⁵⁰ Türkiye, Sözleşme’ye taraf devletler arasındadır. 2000 yılında imzalanan Sözleşme, onay belgesinin Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliği’ne tevdi edilmesinin ardından, 23 Aralık 2003 tarihinden itibaren ülkemiz açısından hüküm doğurmaya başlamıştır. Bununla birlikte, Türkiye, Sözleşme’nin 27’nci maddesine çekince koymuştur. Bu çekinceye göre, Türkiye Cumhuriyeti, Sözleşme’nin etnik, dinsel ve dil azınlıklarının haklarına ilişkin 27’nci maddesini, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ve 24 Temmuz 1923 tarihli Lozan Barış Antlaşması ve Ek’lerinin ilgili hükümlerine göre uygulama hakkını saklı tuttuğunu ifade etmektedir. (R.G. 21.07.2003, S. 25175).

sözleşme niteliğinde olması ve devletlerin taahhütlerine ilişkin koruyucu hükümler içermesi nedeniyle taraf devletler açısından hukuki bağlayıcılığı sahiptir. Sözleşme İHEB’de belirtilen ilkeleri hareket noktası olarak kabul etmekle beraber Beyanname’ye kıyasla, kimi haklar bakımından daraltıcı, kimi haklar bakımından ise genişletici niteliktedir.⁵¹ Sözleşmenin 5’nci maddesi⁵², hak ve özgürlüklerin kötüye kullanımını İHEB’e paralel bir düzenleme ile yasaklamıştır. Hak ve özgürlüklerin Sözleşme’de öngörülenden daha fazla sınırlandırmayacağı hüküm altına alınmıştır.

Sözleşme, düşünce ve ifade özgürlüğüne ilişkin düzenlemelerin kapsamı bakımından da farklılık arz etmektedir. Özellikle, Beyanname’nin 29/3’üncü maddesi açısından düşünce özgürlüğünün sınırlama kapsamına girip girmediği tartışmalı iken Sözleşme’nin 20’nci maddesi bu konuda daha nettir. Düzenleme ile ayrımcılığa, düşmanlığa ve şiddete teşvik niteliğinde olan her türlü ırkçı ve dinsel savunuculuk, hak ve özgürlüklerin kötüye kullanımına ilişkin yasak kapsamına dahil edilmiştir. Yani, düşünce ve ifade özgürlüğünün kötüye kullanım yasağı kapsamına girdiği açıkça belirlenmiştir.⁵³

C. Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi

Medeni ve Siyasal Haklara ilişkin Uluslararası Sözleşme ile birlikte 16 Aralık 1966 yılında Genel Kurul’da kabul edilen ve 1976 yılında yürürlüğe giren Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi, Birleşmiş Milletler Antlaşması’nda belirtilen ilkelere uygun olarak; özgür insan idealine ancak medeni ve siyasi hakların yanında ekonomik, sosyal ve kültürel hakların da sağlanmasıyla ulaşılabileceğini söylemektedir. Sözleşme, bu yönüyle, katılımcı devletlere pozitif edim yükümlülüğü getirmektedir. 24’üncü madde ile Sözleşme’deki hiçbir hükmün, BM Antlaşması’na ve BM uzman organlarının sorumluluklarına aykırı olarak kullanılmayacağı ifade edilmiş ve ilgili ihtisas kuruluşlarının görev etkinliği güvence altına alınmak istenmiştir.⁵⁴ 25’nci madde ise Sözleşme’de yer alan düzenlemelerin, halkların

doğal zenginlikleri ve doğal kaynaklarından yararlanma hakkına zarar verecek şekilde yorumlanamayacağına ilişkindir. İnsan onuru ve özgürlüğü tam anlamıyla ancak ekonomik, sosyal ve kültürel haklara erişimin mümkün kılınması ile sağlanabileceğinden halkların bu hakları muhafaza edilmelidir. Sözleşme ile, temel hak ve özgürlüklerden daha çok onları tamamlayıcı nitelikte olan sosyal haklara ilişkin güvence getirilmiştir.

Ç. Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi

Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi, Amerika kıtasında, insan haklarının korunmasına ilişkin bir düzenlemedir. 22 Kasım 1969’da San José, Kosta Rika’da kabul edilen sözleşme 18 Temmuz 1978’de yürürlüğe girmiştir.⁵⁵ Sözleşme ile belirtilen hak ve güvencelerden sadece gerçek kişilerin yararlanması mümkündür. Bu bakımdan Sözleşme’nin tüzel kişiler bakımından bir koruma sağlamadığını belirtmek gerekir.⁵⁶

Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 32’nci maddesi, hak ve özgürlüklerin kullanımı bakımından İHEB’de ve Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme’de yer alan düzenlemeye paralel bir genel sınırlama hükmü niteliindedir. Sözleşme’nin 29’uncu maddesi ise Beyanname’nin 30’uncu maddesine koşut sayılabilir. Ancak, Beyanname’den farklı olarak, 29’uncu madde ile hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin ölçütler detaylı olarak belirlenmiştir. Madde ile, Sözleşme’de yer alan hiçbir hükmün; taraf devletlerin iç hukuklarında yer alan ya da bu devletlerin tarafı buldukları Sözleşme ile güvence altına alınan bir haktan yararlanmayı engelleyecek (29/b), insan kişiliğinin ve demokratik düzeninin parçası olan hakları ortadan kaldıracak (29/c) ve Amerika İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirisi ile benzer nitelikteki uluslararası hukuk metinlerinin etkisini bertaraf edecek biçimde (29/d) yorumlanamayacağı belirtilmiştir.⁵⁷

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanımını yasaklayan diğer pozitif hukuk metinlerindeki düzenlemelere

⁵¹ Örneğin, Bildirgede yer alan “serbest dolaşma” ve “yerleşme özgürlüğü” Sözleşme ile düzenlenmemişken, Bildirgede bulunmayan “halkların kendi kaderini tayin hakkı” ise Sözleşmede yer almaktadır. Yokuş, s. 90.

⁵² “Bu Antlaşmanın hiçbir hükmü, bir Devlete, bir gruptaşıma veya bir bireye, bu Antlaşmada tanınmış hakların veya hürriyetlerin ortadan kaldırılması yahut bu Antlaşmanın öngördüklerinden daha geniş sınırlamalara yönelik bir faaliyete girişmesi veya bir fiil işleme hususunda herhangi bir hak sağlayacak şekilde yorumlanamaz.” Kuzu, s. 871.

⁵³ Yokuş, s. 90.

⁵⁴ Samet İldeş, *Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında*

Temel Hak ve Özgürlüklerin Kötüye Kullanılması Yasağı, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, 2012, s. 72,73.

⁵⁵ Volkan Aslan, “Amerikalılar Arası İnsan Hakları Sistemi”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 3(2), 2012 s. 267-268.

⁵⁶ Gülden Çamurcuoğlu, “Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Öngörülen Koruma Mekanizmaları” *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 14(2), 2019, s. 717.

⁵⁷ M. Semih Gemalmaz, *İnsan Hakları Belgeleri (Bölgesel Sistemler)*, Alkım Yayın, 1999, s. 449-450.

paralel hükmün ise md. 29/a'da yer aldığı görülmektedir.⁵⁸

D. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

Çalışmamızın önceki bölümünde ifade edildiği üzere, insan hak ve özgürlüklerinin korunmasını ve geliştirilmesini destekleyecek insan hakları belgelerinin üretilmesi BM Antlaşması ile teşvik edilmiştir. BM çatısı altında yürütülen çalışmaların ilk örneğini İHEB oluştururken, Avrupa Konseyi'nin insan hakları belgesi üretme sürecinin ilk ürünü ise Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) oluşturmaktadır. Avrupa Konseyi üyesi devletlerin öncülüğünde Roma'da imzalanan ve 1953 yılında yürürlüğe giren sözleşme bu nedenle Avrupa Konseyi tacinin mücevheri olarak da nitelendirilmektedir.⁵⁹ İnsan Hakları Evrensel Beyanname'si ile karşılaştırıldığında daha dar kapsamlı olduğu görülen AİHS, bununla birlikte Beyanname'den farklı olarak taraf devletler bakımından bağlayıcı niteliktedir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, hak ve özgürlükleri güvence altına alırken bunların kötüye kullanımını da yasaklamıştır. Militan demokrasi anlayışı tarafından benimsenen “özgürlüğü yok etme özgürlüğünün” olamayacağı yaklaşımına uygun olarak, 17'nci madde ile; Sözleşme hükümlerinin hiçbirisinin Sözleşme ile düzenlenen hak ve özgürlüklerin ortadan kaldırılmasına ya da Sözleşme'de öngörülenden daha geniş ölçüde sınırlandırılmasına izin verecek şekilde yorumlanamayacağı belirtilmiştir.⁶⁰

17'nci madde esasen İHEB'in 30'uncu maddesinden esinlenerek hazırlanmıştır. Sözleşme'nin hazırlanması sürecinde bu yönde bir hüküm öngörülmemiş olmasına rağmen, Avrupa Birliği Parlamenter Meclisi'nin ikinci oturumunda yapılan tartışmalar neticesinde madde, mevcut haliyle kabul edilmiştir.⁶¹ Beyanname'de olduğu gibi, kişi ve grupların yanında devletin de hak ve özgürlükleri ortadan kaldırmaya yönelik etkinlik ve eylemlerin öncüsü olabileceği göz önünde bulundurulmuştur. Hazırlandığı tarih itibarıyla

⁵⁸ 29'uncu maddenin a paragrafında yer alan düzenlemeye göre, herhangi bir kişi, grup ya da taraf devletin, Sözleşme ile güvence altına alınan hak ve özgürlüklerden yararlanma hakkı, AİHS'de öngörülenden daha geniş ölçüde kısıtlamaya izin verir biçimde yorumlanamaz. Yokuş, s. 92.

⁵⁹ Salihpaşaoğlu, s. 27.

⁶⁰ Philip Leach, *Taking a Case to the European Court of Human Rights*, Blackstone Press, 2001, s. 100.

⁶¹ Pierre Le Mire, “Article 17”; La Convention Européenne des Droits de l'Homme, *Paris, Economica*, 1995, s. 510. (Kaynağından atfedene; Yokuş, s. 95).

İnsan Hakları Evrensel Beyanname'si ile aynı döneme tekabül eden AİHS, hazırlanma aşamasında taşınan endişeler bakımından da benzer niteliktedir. Nasyonal sosyalist ve faşist rejimlerin henüz ortadan kalktığı bir dönemde, soğuk savaş sebebiyle devam eden komünizm tehdidine karşı, Sözleşme'de yer alan hak ve özgürlüklerden faydalanarak bu hakların yok edilmesinin önüne geçilmek istenmiştir.⁶²

17'nci madde, iki ayrı fonksiyonu yerine getirmektedir. Bunlardan ilki, Sözleşme ile düzenlenen hak ve özgürlükleri yok etmek amacıyla olanların bu amaçlarını gerçekleştirmek için AİHS'yi kullanmalarını önlemek iken, diğeri, devletlerin Sözleşme ile güvence altına alınan hak ve özgürlüklere, onların özünü yok edecek şekilde sınırlama getirmelerine engel olmaktır.⁶³ Çoğulculuğu koruyan bu düzenleme, devletler tarafından, muhalif görüş ve akımların susturulmasına yönelik girişilecek olası teşebbüslere karşı da güvence teşkil etmektedir.⁶⁴

17'nci maddeyi ele alırken, AİHS'nin 18'nci maddesi⁶⁵ ile arasındaki yakın ilişkiyi de belirtmek gerekmektedir. 18'nci madde, 17'nci maddenin özellikle ikinci kısmı ile paraleldir. Hak ve özgürlüklere getirilecek kısıtlamaların, Sözleşme'de belirtilen meşru amaçlar dışında uygulanamayacağını belirtmektedir. Ayrıca, her iki madde de Sözleşme'de yer alan diğer hükümler ile kaçınılmaz bir ilişki içerisindedir. Diğer hükümlerden ayrık olarak, tek başlarına tatbik edilmesi olanaklı değildir. Belirtmek gerekir ki, herhangi bir sınırlamanın öngörülmediği hak ve özgürlükler açısından 17'nci ve 18'nci madde hükümlerinin uygulanma imkânı bulunmamaktadır.⁶⁶

17'nci maddenin AİHS'ye dahil edilmesine temel oluşturan motivasyon, İnsan Hakları Komisyonu ve ardından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

⁶² A.H. Robertson / J.G. Merrills, *Human Rights in Europe: A Study of European Convention on Human Rights*, 3. Baskı, Manchester University Press, 1993, s. 191.

⁶³ Ralph Beddard, *Human Rights and Europe*, 3. Baskı, Cambridge University Press, 1993, s. 186.

⁶⁴ Hakyemez, s. 120.

⁶⁵ Getirilecek sınırlamalar bakımından bir nevi “iyi niyet kuralı” koyan madde şu şekildedir: “Anılan hak ve özgürlüklere bu Sözleşme hükümleri ile izin verilen kısıtlamalar öngörülükleri amaç dışında uygulanamaz.”

⁶⁶ Örneğin, AİHS'nin 3'üncü maddesi ile düzenlenen işkence yasağı için hiçbir istisna öngörülmemiştir. Bu sebeple, her iki maddenin de anılan hüküm için uygulanması mümkün değildir. Yokuş, s. 97.

(AİHM) kararlarında da kendisini göstermiştir.⁶⁷ Avrupa İnsan Hakları Komisyonu (AİHK), soğuk savaşın ve komünizm tehdidinin güncel olduğu bir dönemde, Alman Komünist Partisinin, illegal olduğu gerekçesiyle Federal Mahkeme tarafından kapatılmasına karşı yapılan başvuruyu reddetmiştir.⁶⁸ Komisyon, partinin amacının bir proletarya diktatörlüğü kurmak olduğunu ve bu amacın AİHS ile bağdaşmadığını ifade etmiştir. Daha sonraki kararlarında sergilediği tutumun aksine, 17'nci maddeyi oldukça geniş ve Sözleşme'nin diğer hükümlerinden bağımsız olarak uygulamıştır.

1961 tarihli *Lawless*⁶⁹ kararında⁷⁰ ise AİHK, 17'nci maddeye ilişkin bir ihlalin muhataplarını, Sözleşme'deki tüm haklardan değil sadece hak ve özgürlükleri ortadan kaldırmaya elverişli faaliyet ve eylemlere imkân veren haklardan mahrum bırakacağını ifade etmiştir. Dolayısıyla, başvuru, iddia edilen şiddet hareketlerine karışmış olsa dahi, AİHS'nin 5 ve 6'ncı maddesi ile koruma altına alınan hakları talep etme yetkisine sahiptir.⁷¹

Özellikle *Lawless* davasının ardından verilen kararlarda, 17'nci maddenin etkisi kimi haklar bakımından kategorize edilmiştir. Buna göre, ifade özgürlüğü ve örgütlenme özgürlüğü gibi haklar AİHS'de yer alan hak ve özgürlüklere yönelik ihlal hareketlerini gerçekleştirmeye daha elverişlidir. Buna karşın adil yargılanma hakkı gibi haklar aynı etkiye sahip değildir.⁷²

Düşünce ve ifade özgürlüğünün hakların kötüye kullanılması yasağı kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği ise tartışmalıdır. 17'nci

⁶⁷ AİHS'nin yürürlüğe girmesinin ardından Sözleşme'nin denetim mekanizmasını İnsan Hakları Komisyonu ve Avrupa İnsan Hakları Divanı yürütmekteydi. Bir süre sonra arasına Bakanlar Komitesi'nin de katıldığı bu denetim mekanizması yaklaşık 45 yıl yürürlükte kalmıştır. Daha sonra, 1998 yılında yürürlüğe giren 11. Ek protokol ile Bakanlar Komitesi'nin yargısal rolü kaldırılmış, Komisyon ve Divan birleştirilerek yerine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kurulmuştur. Sözleşme'nin yargısal denetim yetkisinde bu Mahkeme'ye devredilmiştir. (Salihpaşaoğlu, s. 31-34).

⁶⁸ AİHK, German Communist Party and Others/Germany, 20.07.1957, Başvuru No: 250/57, s. 5

⁶⁹ Söz konusu dava, İrlanda Kurtuluş Ordusu'na (IRA) mensup *Lawless*'in şiddet eylemlerine karıştığı gerekçesiyle yakalanarak, herhangi bir yargılama yapılmaksızın 6 ay süre ile gözaltında tutulmasının ardından adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiasıyla Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na başvurmasına ilişkindir.

⁷⁰ *Lawless/Ireland*, 01.07.1961, Başvuru No: 332/57, § 7; Yokuş, s. 96.

⁷¹ Kemal Fikret Arık, "Avrupa İnsan Hakları Divanında *Lawless* İşi", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 18(2), 1963, s. 289.

⁷² İbrahim Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku: İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı Üzerine Bir Deneme*, 2. Baskı, Afa Yayıncılık, 1996, s. 61,

maddede yer alan yasaklamanın konusunu "eylemlerin" oluşturuyor olması, düşünce ve ifade özgürlüğüne ilişkin ihlallerin madde kapsamına girmeyeceğini göstermektedir.⁷³ AİHS'ye taraf devletlerin ulusal düzenlemelerinde eylem şartına yer vermeleri de bu görüşü destekler niteliktedir.⁷⁴ Bununla birlikte, "mevcut ve yakın" tehlikenin varlığı yerine gelecekte yaşanabilecek "muhtemel" bir tehlikenin esas alınarak, ifade özgürlüğünün kötüye kullanma kapsamında değerlendirildiği⁷⁵ Alman Komünist Partisi kararı istisna tutulduğunda, AİHM kararlarında yaşanan evrim de benzer niteliktedir. Bu karardan sonra oluşan içtihatlarda düşünce ve ifade özgürlüğüne ilişkin sınırlamalar 17'nci madde değil 10'uncu madde kapsamında değerlendirilmiştir.⁷⁶

AİHM, tıpkı düşünce ve ifade özgürlüğünde olduğu gibi örgütlenme özgürlüğüne yönelik kararlarında da zaman içerisinde, 17'nci maddeyi daha az uygulama yoluna gitmiş ve Sözleşme'de düzenlenen hak ve özgürlüklerin kendi sınırlama sebeplerinden yola çıkma arayışında olmuştur. Bu yaklaşım değişikliğinde şüphesiz komünizm tehdidinin 1950'li yıllardaki kadar yoğun olmaması da önemli bir etkidir.⁷⁷

Mahkeme, Türkiye Birleşik Komünist Partisi'nin (TBKP) kapatılma kararına⁷⁸ ilişkin başvuruda,⁷⁹ Alman Komünist Partisi kararında verdiğinin aksine 17'nci maddenin uygulanmayacağına karar vermiştir. Hükümet tarafından Alman Komünist Parti Davasında verilen karara yapılan gönderme ise şu cümlelerle reddedilmiştir:

"Divan önündeki duruşmada, Komisyon temsilcisi, ayrıca, bu olayın, Komisyonun 17. Maddenin uygulamasını gerektiren nadir olaylardan ayırdedilebilir olması nedeniyle, bu olayda bu maddeye başvurmanın gerekli"

⁷³ Yokuş, s. 120.

⁷⁴ Tanör, s. 57.

⁷⁵ Oktay Uygun, *1982 Anayasa'sında Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi*, Kazancı yayınları, 1992, s. 183.

⁷⁶ Örnek bir komisyon kararı için bkz.: AİHK, Handyside/The United Kingdom, 30.09.1975, Başvuru No: 5493/72, §15 (İldeş, s. 80).

⁷⁷ Yokuş, s. 114.

⁷⁸ Anılan parti, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın başvurusu üzerine, isminde komünist kelimesi bulunduğu ve devletin, ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı amaçlayan faaliyetlerde bulunduğu gerekçesiyle 16 Temmuz 1991 tarihinde Anayasa Mahkemesi tarafından kapatılmıştır. AYM, E. 1990/1, K. 1991/1, T. 16.07.1991.

⁷⁹ AİHM, Türkiye Birleşik Komünist Partisi ve Diğerleri/Türkiye, 30.01.1998, Başvuru No: 19392/92, § 60.

olmadığını belirtmiştir. Bu nadir olaylarda, şiddeti (yukarıda belirtilen Alman Komünist Partisi Davasına bakınız) veya nefreti (yukarıda değinilen Remer Davasına bakınız) yaymayı hedefleyen suç fiilleri söz konusudur. Olayda, bunun tersine, TBKP'nin tüzük ve programında, bu partinin demokratik bir parti olmadığına veya yasa dışı veya demokratik olmayan yöntemleri kullanacağına, şiddet kullanımına cesaret verdiğiğine veya Türkiye'nin demokratik ve çoğulcu siyasal sistemine zarar vermeyi hedeflediğine veya ırkçı (bir parti) olup diğerlerinin hak ve özgürlüklerini ortadan kaldırmayı hedeflediğine ilişkin bir ibare yoktur.”

AİHM'ye göre 11'nci madde, demokrasinin gereği olan örgütlenme özgürlüğünün en önemli güvencesidir. Partinin tüzük ve programı göz önüne alındığında, diktatörlük kurmaya ve demokratik düzeni tahrip etmeye yönelik teşebbüste bulunulacağına dair herhangi bir kanıt ya da emare tespit edilememiştir.

Görüldüğü üzere Mahkeme, Alman Komünist Parti kararında 11'nci maddeye başvurmayı doğrudan 17'nci maddeye temas etmişken, TBKP davasında ise başvuru sadece örgütlenme özgürlüğü çerçevesinde ele alınmıştır. AİHM, yabancı düşmanlığı ve ırkçılığa ilişkin başvurularda ise 17'nci maddeyi geniş yorumlama ve söz konusu eylemleri düşünce ve ifade özgürlüğü kapsamı dışında tutma eğilimindedir.⁸⁰ Irk ayrımcılığını öven ve Nazizm'in yeniden kurulmasına ilişkin bildiri yayınlayan gazetecinin başvurusunda, 10'uncu madde, 17'nci madde ile birlikte değerlendirilmiş ve ırk ayrımını savunan fikirleri yaymak hak ve özgürlükleri kötüye kullanma olarak kabul edilmiştir.⁸¹

Mahkeme ve Komisyon kararları bir bütün olarak incelendiğinde, AİHS ile güvence altına alınan hak ve özgürlükleri etkisiz hale getirmeye en elverişli hak ve özgürlüklerin ifade özgürlüğü ve örgütlenme özgürlüğü olduğu görülmektedir. Diğer yandan, kimi hak ve özgürlükler doğası gereği kötüye kullanıma elverişli değildir. Örneğin, yaşama hakkı, işkence yasağı, kölelik ve zorla çalıştırma yasağı, özgürlük ve güvenlik hakkı ve adil yargılanma

hakkı gibi hak ve özgürlüklerin kötüye kullanımı olanaklı değildir. AİHM'nin görüşü de bu yöndedir. Nitekim, *Lawless* kararında, özgürlük, güvenlik ve adil yargılanma hakkı gibi haklar bakımından 17'nci maddenin uygulanamayacağı belirtilmiştir.⁸²

SONUÇ

Pozitif hukukta, hak ve özgürlükleri kötüye kullanma yasağına ilişkin düzenlemeye ihtiyaç olmadığı görüşünde olanlar, kötüye kullanma yasağının hukukun genel ilkelerinden birisi olduğu noktasından hareket etmektedirler. Buna göre, her hak ve özgürlüğün kullanım alanına ilişkin eşyanın tabiatından kaynaklanan nesnel bir sınır vardır. Dolayısıyla, kötüye kullanımın engellenmesi için ayrıca bir düzenlemeye ihtiyaç yoktur. Karşıt görüşte olanlara göre ise hiçbir hürriyet sınırsız değildir. Hak ve özgürlükleri ortadan kaldırmak isteyenlere karşı tedbir alınmalıdır. Aksi bir tutum, özgürlük fikrine inananların, inanmadıkları hak ve özgürlükleri kullanmak suretiyle, demokratik anayasal düzeni ortadan kaldırma olasılıklarına peşinen teslim olmak demektir.

Her iki bakış açısı da teorik açıdan makul görünmekle birlikte, tartışmayı uygulamadaki etkinlik üzerinden yürütmek daha isabetli görünmektedir. Bir toplumda demokrasi geleneği benimsenmiş ve yeterince kökleşmiş ise demokrasinin kendisine duyacağı güven çok daha fazla olacaktır. Böyle bir toplumda, hak ve özgürlüklerin kötüye kullanımına yönelik endişe de o nispette zayıflayacaktır. Ancak, demokratik değerlerin tam anlamıyla yerleşmediği, demokrasi karşıtı görüş ve hareketlerin azımsanamayacak ölçüde mevcudiyetini sürdürdüğü toplumlarda ilk görüş, gerçekle bağdaşmayan bir romantizmin ötesine geçemeyecektir. Tarihsel gelişmeler tam da bu yönde olmuştur. Eninde sonunda baskıcı rejimlere karşı üstünlük sağlayacağına inanılan klasik demokrasi anlayışı güven kaybına uğramıştır. Güven kaybı ve tarihsel deneyimler, hak ve özgürlüklerin kötüye kullanımını yasaklayan düzenlemelerin hukuki belgelere dahil edilmesi ihtiyacını doğurmuştur. İHEB, AİHS ve diğer uluslararası hukuki belgelerde yer alan düzenlemeler bu ihtiyacı karşılamaya yöneliktir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bu belgelerden AİHS'nin hak ve özgürlükleri kötüye kullanma yasağına ilişkin hükmünün (17'nci madde) çağdaş ölçütlere göre yorumlanmasında ve uygulanmasında önemli bir role

⁸⁰ Dağıttıkları bildiriler nedeniyle ırkçılık ve yabancı düşmanlığı suçlarından mahkûm edilen ve seçimlere katılması yasaklanan başvuruçular, ifade özgürlüğünün ihlal edildiği iddiasıyla AİHM'ye başvurmuşlardır. İlgili komisyon kararı için bkz.: AİHK, Glimmerveen and Hagenbeek/The Netherlands, 11.10.1979, Başvuru No: 8348/78 ve 8406/78, s. 196.

⁸¹ AİHK, Kuhnen/The Federal Republic of Germany, 12.05.1988, Başvuru No: 12194/86 (Reyhan Sunay, *Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Anayasasında İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları*, Liberal Düşünce Topluluğu, 2001, s. 170).

⁸² *Lawless/Ireland*, § 7.

sahip olmuştur. Özellikle ifade özgürlüğü ve örgütlenme özgürlüğü, kötüye kullanmaya en elverişli haklar arasında olduğundan Komisyon ve Mahkeme kararlarının odak noktasını oluşturmuştur. Bazı hak ve özgürlükler ise doğaları gereği kötüye kullanma yasağının konusunu oluşturamazlar. Örneğin, yaşama hakkı, adil yargılanma hakkı ve güvenlik hakkı bu tür hak ve özgürlüklerdendir.

Maddenin ele alındığı Komisyon ve AİHM kararları incelendiğinde, zaman içerisinde Mahkeme'nin 17'nci maddeyi ya ilgili hak ve özgürlüğü düzenleyen madde ile birlikte ele alma ya da hiç uygulamama eğiliminde olduğu gözlenmiştir. Örneğin AİHM tarafından, düşünce özgürlüğü ve ifade özgürlüğüne getirilecek sınırlamalar bakımından “muhtemel tehlike” yerine “açık ve mevcut tehlike” ve “şiddete yönelen faaliyet” ölçütü geliştirilerek maddenin genel bir yasaklama hükmü olarak kullanılmasının önüne geçilmiştir. 17'nci maddenin genel yasaklama hükmü olarak tatbik edilmemesine yönelik eğilim, özgürlüklerin kural yasaklamanın istisna olduğu ilkesi ile de uyum içindedir. Bunda şüphesiz, hükmün ortaya çıkmasına gerekçe teşkil eden tehdidin azalmış olması önemli bir etken teşkil etmiştir. Her ne sebeple olursa olsun, AİHM'nin hak ve özgürlükleri kötüye kullanma yasağının uygulanmasına ilişkin sergilemiş olduğu özgürlük yanlısı tutum Sözleşme'ye üye devletlerin anayasal düzenlemelerine de ışık tutarak çağdaş ve demokratik ölçütlerin geliştirilmesine katkı sağlamıştır.

KAYNAKÇA

- Akad M / Dinçkol B V/ Bulut N, *Genel Kamu Hukuku*, 13. Baskı, D&R Yayınları, 2017.
- Alacakaptan U, “Demokratik Anayasa ve Ceza Kanunu'nun 141 ve 142'inci Maddeleri”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 22(1), 1965, s. 3-20.
- Arık K F, “Avrupa İnsan Hakları Divanında Lawless İş”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 18(2), 1963, s. 265-331.
- Aslan V, “Amerikalılar arası insan hakları sistemi”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 3(2), 2012, s. 261-298.
- Ayan M / Ayan N, *Medeni Hukuka Giriş*, 10. Baskı, Mimoza Yayıncılık, 2014.
- Aybay R, *İnsan Hakları Evrensel Bildirisi*, Der Yayınları, 2021.
- Aybay R, *İnsan Hakları Hukuku*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2015.
- Aycan R, “Kamu Hürriyetlerinin Sınırlandırılması”, *Türk İdare Dergisi*, 35(287-288), 1964, Mart, Nisan, Mayıs, Haziran, s. 3-38.
- Beddard R, *Human Rights and Europe*, 3. Baskı, Cambridge University Press, 1993.
- Çamurcuoğlu G, “Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Öngörülen Koruma Mekanizmaları” *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 14(2), 2019, s. 713-770.
- Değirmencioğlu B, *Westphalian Modelden Bugüne Egemenliğin Dönüşümü Bağlamında Yeni Dünya Düzeninin İnşası*, Adalet Yayınevi, 2022.
- Erdoğan İ / Keskin A D, *Türk Medeni Hukuku*, 3. Baskı, Gazi Kitabevi, 2020.
- Gemalmaz M S, *İnsan Hakları Belgeleri (Bölgesel Sistemler)*, Alkım Yay., 1999.
- Göze A, *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler*, 5. Baskı, Beta Basım Yayım, 1989.
- Gözler K, *İnsan Hakları Hukuku*, Ekin Yayınevi, 2017.
- Güneş A M, *İnsan Hakları Hukukuna Giriş*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, 2021.
- Güriz A, *Hukuk Felsefesi*, 11. Baskı, Siyasal Kitabevi, 2015.

- Hakyemez Y Ş, *Militan Demokrasi Anlayışı ve 1982 Anayasası*, Seçkin Yayıncılık, 2000.
- İldeş S. *Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Temel Hak ve Özgürlüklerin Kötüye Kullanılması Yasağı*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, 2012.
- Kaboğlu İ, *Özgürlükler Hukuku: İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı Üzerine Bir Deneme*, 2. Baskı, Afa Yayıncılık, 1996.
- Kapani M, *Kamu Hürriyetleri*, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, 2013.
- Kapani M, “Ord.Prof.Dr. Ernst E. Hirsch’e Armağan: Freedom to Destroy Freedom”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları*, (197), s. 261-276.
- Kıratlı M, “Niçin Almanya Bir Roosevelt ve Amerika Bir Hitler Çıkarmadı?”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 16(4), s. 163-174.
- Kuzu B, *Türk Anayasa Metinleri ve İlgili Mevzuat*, 11. Baskı, Filiz Yayınevi, 2011.
- Leach P, *Taking a Case to the European Court of Human Rights*, Blackstone Press, 2001.
- Loewenstein K, “Autocracy Versus Democracy in Contemporary Europe I”, *The American Political Science Review*, 29(4), 1935, s. 571-593.
- Loewenstein K, “Militant Democracy And Fundamental Rights, I”, *The American Political Science Review*, 31(3), 1937, s. 417-432.
- Perinçek D, “Federal Almanya’da Neo-Nazi Sosyalist Rayh Partisinin (SRP) Yasaklanması”, *AÜHFD*, 25(3-4), 1968, s. 273-285.
- Robertson A H / Merrills J G, *Human Rights in Europe: A Study of European Convention on Human Rights*, 3. Baskı, Manchester University Press, 1993.
- Rosenau H, “Jakobs’un Düşman Ceza Hukuku Kavramı: Hukukun Düşmanı”, çev. Erhan Temel, *AÜHFD*, 57 4), 2008, s. 391-402.
- Sağlam F, “İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nde Tüm Hak ve Özgürlüklere Yönelik Kurallar Üzerine Bir Deneme”, *Marmara Üniversitesi Hukuk*

Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 25(2), 2019, s. 1236-1252.

- Saymen F H, “Hakkın Suistimalinin Müeyyidesi”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 11(1-2), 1945, s. 311-327.
- Sunay R, *Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Anayasasında İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları*, Ankara: Liberal Düşünce Topluluğu, 2001.
- Tanör B, *Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Anayasası*, Öncü Kitabevi, 1969.
- Uygun O, *Devlet Teorisi*, 2. Baskı, On İki Levha Yayınları, 2015.
- Uygun O, *1982 Anayasa’sında Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi*, Kazancı Yayınları, 1992.
- Ünlütepe M, *Medeni Hukuka Giriş ve Türk Medeni Kanunu’nun Başlangıç Hükümleri*, Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Vernon R, *Locke on Toleration*, Cambridge Press, 2010.
- Yokuş S, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde ve 1982 Anayasası’nda Hak ve Özgürlüklerin Kötüye Kullanımı*, Yetkin Yayınları, 2002.